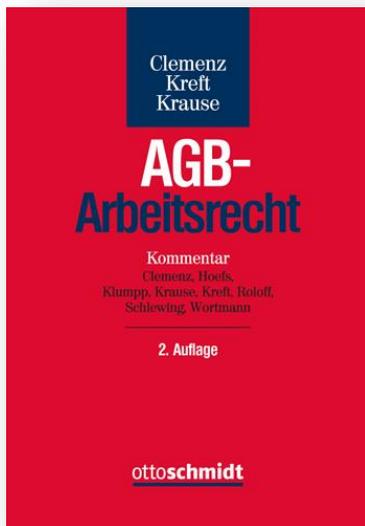


Leseprobe



Clemenz/Kreft/Krause

AGB-Arbeitsrecht

Kommentar

2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2019, 688 Seiten, gebunden, Kommentar, 145x210 mm

ISBN 978-3-504-42070-3

119,00 €

Vorwort

Die durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1. Januar 2002 eingeführte AGB-Kontrolle von vorformulierten Arbeitsbedingungen hat sich angesichts des praktisch durchgängigen Einsatzes von Formulararbeitsverträgen zu einer der zentralen Materien des Arbeitsvertragsrechts entwickelt. Seither gibt es kaum eine Entscheidung über eine vorformulierte arbeitsvertragliche Klausel, die sich nicht auch zur AGB-Kontrolle äußert. Seinen sichtbaren Ausdruck findet dies in der ständig anwachsenden Zahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen. So weist die Datenbank Juris für die kombinierten Stichworte „BAG“ und „AGB“ für den Zeitraum ab 2002 gegenwärtig rund 1.400 Treffer auf, während für den Zeitraum bis 2012, also bis zum Erscheinen der ersten Auflage dieses Kommentars, lediglich rund 850 Treffer angezeigt werden. Noch wichtiger als das ungebremsste quantitative Wachstum ist aber, dass sich die arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle auch qualitativ stetig weiterentwickelt. Obwohl mittlerweile zahlreiche Grundsatzentscheidungen des BAG zu typischen vorformulierten Arbeitsvertragsklauseln vorliegen, hat sich die Erwartung nicht bestätigt, dass es sich bei der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle um eine in wenigen Jahren weitgehend geklärte Rechtsmaterie handele, bei der es nur noch um die Subsumtion des konkreten Falls unter feststehende Grundsätze gehe. Vielmehr bringt die arbeitsrechtliche Praxis ständig neue Typen arbeitsvertraglicher Klauseln hervor, die auf den Prüfstand der AGB-Kontrolle geraten. Zudem kommt es auch in scheinbar festgefühten Bereichen immer wieder zu einer Verfeinerung der rechtlichen Maßstäbe.

Um in der sich ununterbrochen ausdifferenzierenden Judikatur den Überblick zu behalten, bedarf es deshalb einer systematischen Aufarbeitung. Darüber hinaus lassen sich überzeugende Lösungen insbesondere für neu auftretende Fragen nur gewinnen, wenn sich die Rechtsanwendung hierbei auf die Legitimation und Leitgedanken der Überprüfung vorformulierter Vertragsbedingungen besinnt, zumal nur durch eine Herausbildung von übergreifenden Grundsätzen dem nicht zuletzt vom BVerfG betonten rechtsstaatlichen Gebot der Berechenbarkeit des Rechts im Sinne von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit entsprochen wird.

Die Bewältigung der damit umrissenen Aufgaben hat sich der vorliegende Kommentar zum Ziel gesetzt, wobei das – leicht veränderte und erweiterte – Autorenteam die freundliche Aufnahme der ersten Auflage gleichermaßen als Bestätigung wie als Aufforderung begreift, das gewählte Konzept beizubehalten und fortzuschreiben. Die Herausgeber und der Verlag danken dem ausgeschiedenen Mitautor, Herrn Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht a.D. Dr. *Gernot Brühler*, für seine bisherige Mitwirkung und die Bereitschaft, seinen Beitrag für die erste Auflage als Grundlage der vorliegenden Neubearbeitung zur Verfügung zu stellen.

Der Kommentar richtet sich an die forensische Praxis ebenso wie an die Wissenschaft und die Kautelarjurisprudenz. Die Darstellung folgt weitgehend der Systematik des Gesetzes. Durch ein Klausel-ABC und einen Anhang zu besonders komplexen Regelwerken soll dem Nutzer der schnelle Zugriff auf mögliche Problemlösungen erleichtert werden. Mit der Ausdehnung des Anhangs auf die Vergütungssysteme von Banken und Versicherungen ist ein praktisch wichtiger und ausgesprochen komplexer Bereich neu in die Kommentierung einbezogen worden.

Der Kommentar befindet sich auf dem Stand vom 1. März 2019. Zuspruch, Kritik und Anregungen sind jederzeit willkommen und können dem Verlag gern unter lektorat@otto-schmidt.de zugeleitet werden.

Gütersloh, Erfurt, Göttingen, März 2019

Susanne Clemenz
Burghard Kreft
Rüdiger Krause

Es haben bearbeitet:

Clemenz	§§ 305, 305b BGB
Hoefs	§§ 305c, 306a BGB, Besondere Vergütungssysteme
Klumpp	§ 307 BGB
Krause	Einführung, Vor § 307 BGB
Kreft	§ 310 BGB
Roloff	§ 308 BGB
Schlewing	§§ 306, 309 BGB
Wortmann	Betriebliche Altersversorgung

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	V
Klausel-ABC	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Einführung	1

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Auszug)

Buch 2 **Recht der Schuldverhältnisse**

Abschnitt 2 **Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch** **Allgemeine Geschäftsbedingungen**

§ 305	Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag	105
§ 305a	Einbeziehung in besonderen Fällen	132
§ 305b	Vorrang der Individualabrede	133
§ 305c	Überraschende und mehrdeutige Klauseln	143
§ 306	Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit . .	176
§ 306a	Umgehungsverbot	216
Vor § 307	222
§ 307	Inhaltskontrolle	249
§ 308	Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit	373
§ 309	Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit	440
§ 310	Anwendungsbereich	503

Anhang
Besondere Regelwerke

	Seite
Besondere Vergütungsbestandteile	555
Betriebliche Altersversorgung	583
Stichwortverzeichnis	613

Klausel-ABC

Fette Zahlen verweisen auf die Paragraphen, die mageren Zahlen auf die Randziffern. Ferner verweisen **Einf.** auf die Einführung, **Anh. BetrAV** und **Anh. Vergü** auf die Abschnitte zur Betrieblichen Altersversorgung bzw. zu den Besonderen Vergütungssystemen im Anhang.

Abrufarbeit	305c 74; 307 100
Abtretungs- und Pfändungsverbote	307 92
Altersabstandsklauseln	Anh. BetrAV 32
Altersgrenze	305c 20
Altersteilzeitvereinbarungen	305c 21
Änderungsvereinbarungen	305c 22
Änderungsvorbehalt	Anh. BetrAV 26
Anrechnungsvorbehalt	307 97
Arbeitgeberdarlehen	305c 75
Arbeitszeit	307 99
Arbeitszeitkontingente	305c 23
Ärztliches Attest	305c 24
Aufrechnungsverbot	307 112
Aus- und Fortbildungskosten	307 215
Ausgleichsklausel	307 134
Ausschlussfristen	305c 25, 76; 307 113
Beendigungsvereinbarungen	305c 27; 307 130
Befristung	305c 28, 77
Befristung von Arbeitsbedingungen	307 147
Beweislastvereinbarungen	307 153
Bezugnahmeklauseln	305c 30, 79; 307 154
Bürgschaften	305c 34
Datenverarbeitung	305c 35
Dienstwagen	307 178
Direktionsrechtsklauseln	307 182
Freistellungsklauseln	307 190
Freiwilligkeitsvorbehalt	305c 83; 307 193; Anh. Vergü 10; Anh. BetrAV 26
Haftungsregelungen	307 204
Haupternährerklausel	Anh. BetrAV 38a
Jeweiligkeitsklauseln	305c 36; Anh. BetrAV 22

Klageverzicht	305c 85
Klageverzichtvereinbarung	307 139
Kopplungsklauseln	305c 37
Kündigungsfristen	305c 38; 307 145
Kurzarbeitsklauseln	305c 39; 307 106
Kürzung bei Fehl- und Ruhezeiten	Anh. Vergü 12, 27
Kürzungsklauseln	307 231
Mankoabreden	307 205
Mindestaltersgrenze	Anh. BetrAV 39c
Mindestaltersklausel	Anh. BetrAV 35
Mindestehedauerklausel	Anh. BetrAV 34
Nebentätigkeitsklauseln	305c 40; 307 206
Negatives Schuldanerkenntnis, Ausgleichsquittung, Verzichtserklärung	305c 41
Nettolohnvereinbarung	305c 86
Probearbeitsverhältnis/Probezeit	305c 87
Probezeit	305c 42
Rückkehrrecht	307 144
Rückzahlungsklauseln	305c 43, 88; 307 215; Anh. Vergü 18, 29
Salvatorische Klauseln	307 233
Schadenspauschalen	307 238
Scheidungsklausel/Getrenntlebensklausel	Anh. BetrAV 37
Schriftform	307 239
Schuldanerkenntnis	307 244
Selbstbehalt	305c 44
Sonstige Rückzahlungsklauseln	307 232
Späthehenklausel	Anh. BetrAV 33
Stichtagsklauseln	Anh. Vergü 15, 28
Stichtagsregelung	307 245
Überbezahltes Entgelt	307 230
Überstundenabgeltung	305c 45
Überstundenregelungen	307 108
Umzugskosten	307 227
Urlaub und Urlaubsgeld	305c 89
Urlaubsklauseln	307 251

Verschwiegenheits- und Erklärungsklauseln	307 261
Versetzungsklauseln	305c 46
Vertragsstrafen	305c 47, 90; 307 267
Vertraulichkeitspflicht	305c 48
Verweisung/Bezugnahmeklausel	Anh. BetrAV 22
Wettbewerbsverbot	305c 49, 91; 307 278
Widerrufs-, Änderungs- und Anrechnungs- vorbehalte	305c 50, 93
Widerrufsvorbehalt	305c 93; 307 280; Anh. BetrAV 27; Anh. Vergü 11, 26
Wiederverheiratungsklauseln	Anh. BetrAV 36
Zielvereinbarungen	305c 51; 307 281
Zielvereinbarungen/Punktaufstiegsprämie	305c 94
Zustimmungsfiktionen	307 282

§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

I. Einführung	1	(25) Wettbewerbsverbote	49
II. Ausschluss überraschender Klauseln	3	(26) Widerrufs-, Änderungs- und Anrechnungsvorbehalte	50
1. Zweck	3	(27) Zielvereinbarungen	51
2. Anwendungsbereich	4	III. Auslegung mehrdeutiger Klauseln	52
3. Voraussetzungen	7	1. Zweck	52
a) Objektiv ungewöhnlich	8	2. Anwendungsbereich	53
b) Subjektiv überraschend	11	3. Voraussetzungen	54
4. Rechtsfolgen	16	a) Auslegung von AGB	55
5. Darlegungs- und Beweislast	18	aa) Grundsatz objektiver Auslegung	55
6. Einzelne Klauseln	19	bb) Ergänzende Vertragsauslegung	60
(1) Altersgrenze	20	cc) Restriktionsprinzip	61
(2) Altersteilzeitvereinbarungen	21	b) Kein eindeutiges Auslegungsergebnis	63
(3) Änderungsvereinbarungen	22	4. Rechtsfolgen	66
(4) Arbeitszeitkontingente	23	a) Arbeitnehmerfreundlichkeit versus arbeitnehmerfeindlichste Auslegung	66
(5) Ärztliches Attest	24	b) Abstrakter oder konkreter Günstigkeitsvergleich	69
(6) Ausschlussfristen	25	c) Keine Anwendung bei Bezugnahmeklauseln	70
(7) Beendigungsvereinbarungen	27	d) Kein Schutz des Verwenders	71
(8) Befristungen	28	5. Darlegungs- und Beweislast	72
(9) Bezugnahmeklauseln	30	6. Einzelne Klauseln	73
(10) Bürgschaften	34	(1) Arbeit auf Abruf	74
(11) Datenverarbeitung	35	(2) Arbeitgeberdarlehen	75
(12) Jeweiligkeitsklauseln	36	(3) Ausschlussfristen	76
(13) Kopplungsklauseln	37	(4) Befristung	77
(14) Kündigungsfristen	38	(5) Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen	78
(15) Kurzarbeitsklauseln	39	(6) Bezugnahmeklauseln	79
(16) Nebentätigkeitsklauseln	40	(7) Freiwilligkeitsvorbehalt	83
(17) Negatives Schuldanerkenntnis, Ausgleichsquittung, Verzichtserklärung	41	(8) Geschäftsführervertrag	84
(18) Probezeit	42		
(19) Rückzahlungsklauseln	43		
(20) Selbstbehalt	44		
(21) Überstundenabgeltung	45		
(22) Versetzungsklauseln	46		
(23) Vertragsstrafen	47		
(24) Vertraulichkeitspflicht	48		

(9) Klageverzicht	85	(15) Wettbewerbsverbot	91
(10) Nettolohnvereinbarung . . .	86	(16) Widerrufsrecht	92
(11) Probearbeitsverhältnis versus Probezeit	87	(17) Widerrufs-, Änderungs- und Anrechnungsvorbehalte	93
(12) Rückzahlungsklauseln	88	(18) Zielvereinbarungen/ Punktaufstiegsprämie	94
(13) Urlaub und Urlaubsgeld . .	89		
(14) Vertragsstrafen	90		

I. Einführung

- 1 § 305c BGB enthält **zwei verschiedene Regelungen**: § 305c Abs. 1 BGB bestimmt, dass überraschende Klauseln nicht Bestandteil eines Formularvertrages werden, und begründet damit eine negative Einbeziehungsvoraussetzung. § 305c Abs. 2 BGB stellt einen besonderen Auslegungsgrundsatz für AGB auf, der besagt, dass etwaige Unklarheiten bei der Auslegung einer AGB-Klausel zu Lasten des Verwenders gehen. Beide Regelungen waren schon im AGBG wortgleich enthalten, und zwar in § 3 AGBG (Überraschende Klauseln) bzw. § 5 AGBG (Unklarheitenregel), und sind im Kontext von Artikel 5 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 zu sehen.
- 2 Schon vor der Ausdehnung der AGB-Regelungen auf das Arbeitsrecht haben die Arbeitsgerichte aus allgemeinen Erwägungen ähnliche Prinzipien angewandt, auch wenn eine analoge Anwendung der §§ 3, 5 AGBG sowie des AGBG insgesamt von den Arbeitsgerichten abgelehnt wurde.¹ Überraschungsklauseln in Arbeitsverträgen wurden daher auch schon vor der Ausdehnung der AGB-Regelungen auf das Arbeitsrecht nicht Bestandteil eines Formulararbeitsvertrages,² wobei der Prüfungsmaßstab derselbe war wie heute im Rahmen des § 305c Abs. 1 BGB.³ Ebenso haben die Arbeitsgerichte schon früher Unklarheiten bei der Auslegung von formularmäßig vereinbarten Arbeitsverträgen und Aufhebungsverträgen zu Lasten des Arbeitgebers ausgelegt.⁴ Auch insofern hat sich keine Änderung des Prüfungsmaßstabs ergeben.⁵

1 BAG v. 13.12.2000 – 10 AZR 168/00, NZA 2001, 723 (724) sowie BAG v. 6.8.2003 – 7 AZR 9/03, NZA 2004, 96 (97); anders die damals überwiegende Literatur, die sich für eine analoge Anwendung der §§ 3, 5 AGBG auf vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsverträge und allgemeine Arbeitsbedingungen aussprach, vgl. die umfassenden Literaturnachweise in BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, NZA 1996, 702 (703).

2 Vgl. z.B. BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, NZA 1996, 702 sowie BAG v. 13.12.2000 – 10 AZR 168/00, NZA 2001, 723 (724), jeweils zu vertraglichen Ausschlussfristen sowie BAG v. 23.9.2003 – 3 AZR 551/02, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 93 zu dem Vorbehalt einer Reduzierung der Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung; *Gotthardt*, ZIP 2002, 277 (280).

3 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78; *Lingemann*, NZA 2002, 181 (186).

4 Vgl. z.B. BAG v. 18.9.1991 – 5 AZR 650/90, NZA 1992, 215 (217) zu einer unklaren Vertragsstrafeabrede; BAG v. 16.10.1991 – 5 AZR 35/91, NZA 1992, 793 (794) zu einer un-

II. Ausschluss überraschender Klauseln

1. Zweck

Zweck der negativen Einbeziehungsvoraussetzung des § 305c Abs. 1 BGB ist es, den Kunden vor der Einbeziehung von überraschenden Klauseln, mit denen er nicht rechnet, zu schützen. § 305c Abs. 1 BGB stellt damit eine besondere **Ausprägung des allgemeinen Transparenzgebots** dar, das in Artikel 5 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 angelegt ist und seine wesentliche Ausprägung in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erfahren hat.¹

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des § 305c Abs. 1 BGB erstreckt sich im Arbeitsrecht grundsätzlich auf sämtliche vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer stellt. Der Ausschluss überraschender Klauseln ist also bei für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Arbeitsverträgen, Zusatzvereinbarungen und Nebenabreden zu Arbeitsverträgen, allgemeinen Arbeitsbedingungen, Bonusplänen, Aufhebungsvereinbarungen und weiteren Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer relevant. Dabei kann auch eine Bestimmung, in der eine der Hauptleistungspflichten des Vertrages geregelt ist, eine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB sein.² Aufgrund der Einstufung von Arbeitnehmern als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB durch das BAG³ gilt zudem gem. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB die Vermutung, dass die vorformulierten Vertragsbedingungen vom Arbeitgeber gestellt worden sind, wenn sie nicht durch den Arbeitnehmer eingeführt wurden.

§ 305c Abs. 1 BGB wird jedoch nicht von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB erfasst, so dass die Unklarheitenregel keine Anwendung findet, wenn es um **Einmalbedingun-**

klaren Zinsabrede bei einem Arbeitgeberdarlehen; BAG v. 5.9.1995 – 9 AZR 718/93, NZA 1996, 700 (701) zur unklaren Formulierung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots; ArbG Hanau v. 26.9.1996 – 3 Ca 90/96, NZA-RR 1997, 332 (334) zu einer unklaren Erledigungsklausel in einem Aufhebungsvertrag.

5 BAG v. 17.1.2006 – 9 AZR 41/05, NZA 2006, 923 (926); im Ergebnis auch BAG v. 20.1.2010 – 10 AZR 914/08, NZA 2010, 445 (446); vgl. auch *Richardi*, NZA 2002, 1057 (1059) unter Hinweis auf den römischrechtlichen Auslegungsgrundsatz *ambiguitas contra stipulatorem*.

1 Vgl. *Roloff* in Erman, § 305c Rz. 4; *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 2.

2 *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 14a.

3 BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1115 f.); BAG v. 18.3.2008 – 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 (1006); BAG v. 24.2.2016 – 7 AZR 253/14, NZA 2016, 814 (816); BAG v. 25.4.2018 – 7 AZR 520/16, NZA 2018, 1061 (1062 f.).

gen in Verträgen mit Arbeitnehmern geht, also Bedingungen, die zwar vom Arbeitgeber vorformuliert sind, aber nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Die gegenteilige Ansicht verkennt die klare gesetzgeberische Wertung und lässt sich auch nicht mit einer richtlinienkonformen Auslegung begründen.¹

- 6 Ausgenommen von der Anwendung des § 305c Abs. 1 BGB sind gem. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB **Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen**. Diese Einschränkung gilt auch für den Inhalt derartiger Kollektivvereinbarungen, die durch eine formularmäßig verwendete Bezugnahme-Klausel zum Gegenstand der individualvertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geworden sind.² Die Bezugnahme-Klausel selbst ist jedoch dahingehend zu überprüfen, ob es sich um eine Überraschungsklausel handelt, vgl. Rz. 30 ff., 36.

3. Voraussetzungen

- 7 Die allgemeinen Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB gelten im Arbeitsrecht in demselben Umfang wie im allgemeinen Zivilrecht. **Arbeitsrechtliche Besonderheiten** i.S.d. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, die bei der Anwendung des § 305c Abs. 1 BGB zu berücksichtigen wären, bestehen nicht.³ Klauseln in Formulararbeitsverträgen sind daher als überraschende Klausel gem. § 305c Abs. 1 BGB zu werten, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Klausel muss zum einen objektiv ungewöhnlich und zum anderen subjektiv überraschend sein. Dabei handelt es sich um zwei voneinander unabhängig zu prüfende Voraussetzungen, die allerdings in der Praxis häufig nicht sauber voneinander getrennt, sondern miteinander vermischt werden. Insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe – zunächst ist objektiv zu ermitteln, ob die Klausel generell ungewöhnlich ist, und sodann ist subjektiv zu prüfen, ob auch der Verwender in dem jeweiligen Einzelfall überrascht worden ist – sind jedoch beide Voraussetzungen zwingend getrennt zu prüfen. Allein der Umstand, dass ein Arbeitnehmer über den Inhalt einer bestimmten Regelung eines Formulararbeitsvertrages subjektiv überrascht ist, genügt nicht, um die Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB zu erfüllen, wenn die Klausel objektiv gesehen nicht ungewöhnlich ist. Andersherum erfüllt eine objektiv überraschende Klausel nicht den Tatbestand des § 305c Abs. 1 BGB, wenn sie dem konkreten Vertragspartner des Verwenders bekannt ist.

1 A.A. *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 5; *Krause* in Staudinger, Anh. zu § 310 Rz. 155; ausdrücklich offengelassen von BAG v. 9.12.2015 – 7 AZR 68/14, NZA 2016, 695 (696).

2 So für in Bezug genommene Tarifregelungen ausdrücklich BAG v. 8.8.2007 – 7 AZR 605/06, AP TzBfG § 21 Nr. 4.

3 *Däubler* in DBD, § 305c BGB Rz. 6; *Gotthardt*, ZIP 2002, 277 (280); *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 1; vgl. auch *Reinecke*, DB 2002, 583 (584). Anders offenbar *Diehn*, NZA 2004, 129 (132).

a) **Objektiv ungewöhnlich**

Erste Voraussetzung des § 305c Abs. 1 BGB ist, dass die Klausel objektiv ungewöhnlich ist. Objektiv ungewöhnlich kann eine Klausel unter verschiedenen Gesichtspunkten sein. Wichtigster Fall ist, dass eine Klausel **aufgrund ihres Inhalts** objektiv ungewöhnlich ist. Dies ist der Fall, wenn die Klausel aufgrund ihres Inhalts bezogen auf den jeweiligen Vertragstyp von der Normalität abweicht. Die Normalität orientiert sich vor allem am dispositiven Recht¹ und der Anerkennung bestimmter Regelungen in der Rechtsprechung. Daneben ist für die Normalität auch zu berücksichtigen, was üblicherweise in Verträgen der jeweiligen Art vereinbart wird, und zwar insbesondere, wenn sich eine Art „Marktstandard“ für einen bestimmten Vertrags- oder Klauseltyp feststellen lässt. In diesem Zusammenhang können z.B. Statistiken oder wissenschaftliche Untersuchungen zur Verbreitung bestimmter Klauseltypen in Arbeitsverträgen von Bedeutung sein.² Als Argument gegen die Ungewöhnlichkeit einer Klausel kann es sprechen, wenn der Arbeitgeber die Klausel nicht selbst formuliert hat, sondern die Klausel auf einem über den Fachhandel vertriebenen Musterarbeitsvertrag basiert.³ Schließlich kann es auch gegen die Ungewöhnlichkeit einer Klausel sprechen, wenn es zu derartigen Klauseln eine Vielzahl von Vorschlägen und Formulierungshilfen im arbeitsrechtlichen Schrifttum oder zahlreiche Gerichtsentscheidungen gibt.⁴ Verallgemeinernd lässt sich festhalten, dass eine Klausel um so eher als ungewöhnlich einzustufen ist, je weiter sie vom dispositiven Recht und dem Üblichen entfernt ist.⁵

Neben der inhaltlichen Ungewöhnlichkeit kann eine Klausel auch wegen ihres **ungewöhnlichen äußeren Zuschnitts** oder ihrer Unterbringung an einer unerwarteten Stelle im Vertrag als objektiv ungewöhnlich einzustufen sein.⁶ Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn eine Regelung nicht unter der Überschrift im Vertrag getroffen wird, zu der sie sachlich gehören würde, oder wenn eine wesentliche Vertragsbestimmung nicht besonders hervorgehoben wird, obwohl andere, weniger wichtige Regelungen besonders hervorgehoben werden.⁷ Die

1 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78.

2 Vgl. z.B. BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 301/99, wo in der Urteilsbegründung eine Untersuchung zur Verbreitung von Vertragsstrafklauseln in Arbeitsverträgen herangezogen wird.

3 LAG Niedersachsen v. 18.3.2005 – 10 Sa 1990/04, NZA-RR 2005, 401 (403); a.A. *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 10.

4 BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 (909).

5 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78; *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 10.

6 BAG v. 15.2.2007 – 6 AZR 286/06, NZA 2007, 614 (616f.); BAG v. 16.4.2008 – 7 AZR 132/07, NZA 2008, 876, 877; *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 2.

7 So z.B. BAG v. 9.5.2007 – 4 AZR 319/06, AP BGB § 305c Nr. 8, wo die Hervorhebung bestimmter Vertragsbestandteile durch Fettdruck als Argument dafür herangezogen wird, dass eine andere, nicht hervorgehobene Klausel als Überraschungsklausel anzusehen sein kann. Vgl. aber andererseits auch LAG Schleswig-Holstein v. 2.2.2005 – 3 Sa

Ungewöhnlichkeit kann sich auch daraus ergeben, dass eine wichtige Klausel in den Anlagen zum Arbeitsvertrag „versteckt“ ist.¹

- 10 Umstritten ist das Verhältnis zwischen der Ungewöhnlichkeit einer Klausel und ihrer **Unbilligkeit**. Mit der ganz herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass es sich bei der Ungewöhnlichkeit einer Klausel einerseits und der Unbilligkeit einer Klausel andererseits um zwei im Ausgangspunkt getrennt zu beurteilende Gesichtspunkte handelt: Eine Klausel kann ungewöhnlich sein, ohne zugleich unbillig zu sein; andererseits ist nicht jede unbillige Klausel zugleich auch ungewöhnlich.² Die Unbilligkeit einer Klausel ist jedoch insofern zu berücksichtigen, als es umso stärker für die Ungewöhnlichkeit einer Klausel spricht, je unbilliger sie ist.

b) Subjektiv überraschend

- 11 Zweite Voraussetzung des § 305c Abs. 1 BGB ist, dass die Klausel für den Vertragspartner des Verwenders subjektiv überraschend ist. Überraschend sind Vertragsklauseln, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht.³ Der Klausel muss ein „**Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt**“ innewohnen.⁴ Das Überraschungsmoment ist zunächst anhand eines generellen Maßstabs zu ermitteln, der jedoch von abweichenden konkreten Umständen des Einzelfalls überlagert werden kann.⁵ Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher, vernünftigerweise nicht zu erwartender Widerspruch bestehen, was unter Heranziehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist.⁶ Maßgeblich für die Ermittlung des Widerspruchs sind insbesondere (i) der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und der für den Geschäftskreis üblichen Gestaltung, (ii) das äußere Erscheinungsbild des Vertrages sowie (iii) der Gang

515/04, NZA-RR 2005, 351 (353), wonach es auch ein Argument gegen einen ungewöhnlichen äußeren Zuschnitt sein kann, wenn in dem ganzen Formulararbeitsvertrag keine Überschriften verwendet werden und keine Regelung besonders hervorgehoben wird, so dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag in Gänze lesen muss.

1 Hromadka, NJW 2002, 2523 (2526).

2 BAG v. 15.2.2007 – 6 AZR 286/06, NZA 2007, 614 (616f.); BAG v. 6.9.2007 – 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219 (220); *Roloff* in Erman, § 305c Rz. 8; *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 3; *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 12; *Lindacher//Hau* in WLP, § 305c Rz. 6.

3 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78; BAG v. 16.4.2008 – 7 AZR 132/07, NZA 2008, 876 (877).

4 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78; aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 305c Abs. 1 BGB bereits BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 301/99.

5 *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 3; *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 13.

6 BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37 (38f.); aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 305c Abs. 1 BGB bereits BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, NZA 1996, 702.

und Inhalt der Vertragsverhandlungen.¹ Allein der Umstand, dass der Arbeitsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer in deutscher Sprache verfasst ist, begründet keinen Überrumpelungseffekt.²

12 Bezüglich des ersten Kriteriums des Grads der **Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht** und der für den Geschäftskreis üblichen Gestaltung ist davon auszugehen, dass das Überraschungsmoment umso eher zu bejahen ist, je belastender die Regelung für den Vertragspartner des Verwenders ist.³

13 Das zweite Kriterium des **äußeren Erscheinungsbilds** des Formularvertrages ist von ganz wesentlicher Bedeutung für das subjektive Überraschungsmoment. Die Vertragsgestaltung bei Formulararbeitsverträgen kann dabei in zweierlei Hinsicht eine Rolle spielen: Einerseits können sich sowohl die objektive Ungewöhnlichkeit einer Klausel als auch ihr subjektiver Überraschungscharakter aus dem „Verstecken“ einer Klausel an einer ungewöhnlichen Stelle des Vertrages oder einer anderen ungewöhnlichen Vertragsgestaltung wie z.B. einem besonders kleinen, kaum leserlichen Druckbild für eine wichtige Klausel ergeben. Andererseits kann der Verwender durch eine gute Vertragsgestaltung dafür sorgen, dass eine Klausel nicht subjektiv überraschend ist und wirksam in den Formulararbeitsvertrag einbezogen werden kann, indem er sie drucktechnisch hervorhebt,⁴ z.B. durch Fettdruck, Unterstreichung, eine vergrößerte Schrift, einen anderen (auffälligen) Schrifttyp oder eine andere optische Hervorhebung. Auch eine eigenständige Überschrift, aus der der Inhalt der Klausel schlagwortartig hervorgeht, kann zur Hervorhebung genügen.

14 Das dritte Kriterium des **Gangs und Inhalts der Vertragsverhandlungen** kann für das Überraschungsmoment insbesondere insofern relevant sein, als der Verwender das subjektive Überraschungsmoment ausschließen kann, indem er seinen Vertragspartner besonders auf die Klausel hinweist.⁵ Darüber hinaus ist das subjektive Überraschungsmoment zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer die konkrete Klausel und ihre Bedeutung von sich aus erkannt hat oder aus einem anderen Grund kannte, z.B. wenn bereits intensiv in den Medien über eine Regelung berichtet wurde oder es eine betriebsöffentliche Debatte über die Rege-

1 BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78; aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 305c Abs. 1 BGB bereits BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 286/99, NZA 2000, 940 (942).

2 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, NZA 2014, 1076 (1080).

3 BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37 (38 f.); aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 305c Abs. 1 BGB bereits BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, NZA 1996, 702 (703) sowie BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 301/99; *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 3.

4 BAG v. 23.2.2005 – 4 AZR 139/04, NZA 2005, 1193 (1198); BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37 (38 f.); BAG v. 24.5.2018 – 6 AZR 308/17, AP BGB § 611 Kirchengemeinschaft Nr. 91.

5 BAG v. 23.2.2005 – 4 AZR 139/04, NZA 2005, 1193 (1198); BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37 (38 f.).

lung gab.¹ Die Korrespondenz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Abschluss der Vereinbarung sowie etwaige Begleitschreiben zu dem Vertrag können ebenso bei der Ermittlung des Überraschungsmoments zu berücksichtigen sein wie Erklärungen zu bestimmten Vertragsthemen, die die Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen abgegeben haben.² Weiterhin kann der zeitliche Ablauf der Vertragsverhandlungen für das subjektive Überraschungsmoment von Bedeutung sein. Insbesondere kann es zumindest ein Indiz für das Überraschungsmoment sein, wenn der Arbeitnehmer angehalten wurde, den Vertrag umgehend oder kurzfristig zu unterschreiben, ohne dass ihm die Möglichkeit einer näheren Prüfung des Vertrages eingeräumt wurde.³ Ebenso kann es für eine subjektive Überraschung sprechen, wenn die Parteien zunächst über ein Term Sheet verhandeln, in dem die problematische Regelung nicht enthalten ist, und auf die in dem eigentlichen Vertrag enthaltene, wesentliche zusätzliche Regelung nicht besonders hingewiesen wird.

- 15 Für das subjektive Überraschungsmoment ist auf die Einschätzungsmöglichkeiten eines typischen, durchschnittlichen Arbeitnehmers abzustellen, wobei jedoch zwischen verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern (z.B. Führungskraft oder Hilfsarbeiter) und deren Erkenntnismöglichkeiten zu differenzieren ist.⁴

4. Rechtsfolgen

- 16 Klauseln in Formulararbeitsverträgen, die gegen das Verbot überraschender Klauseln gem. § 305c Abs. 1 BGB verstoßen, werden nicht in den Vertrag einbezogen und damit **nicht Vertragsbestandteil**. Stattdessen kommt der Vertrag gem. § 306 Abs. 1 BGB grundsätzlich ohne die überraschende Klausel zustande. Führt die Nichteinbeziehung der überraschenden Klausel zu einer Lücke in dem Formularvertrag, gilt gem. § 306 Abs. 2 BGB dispositives Gesetzesrecht. Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, ist die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.⁵ Unwirksam ist ein Formularvertrag abweichend von der Grundregel des § 139 BGB gem. § 306 Abs. 3 BGB nur, wenn das Festhalten an dem Vertrag auch unter Berücksichtigung der gem. § 306 Abs. 2 BGB vorgesehenen Lückenschließung für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde.

1 Vgl. Sächsisches LAG v. 9.3.2006 – 8 (6) Sa 132/05 mit dem Hinweis auf die umfangreiche Medienberichterstattung zur Kürzung von Tarifleistungen im Freistaat Sachsen, auf die in einem Formulararbeitsvertrag verwiesen wurde. Das Urteil wurde allerdings im Ergebnis vom BAG aufgehoben und an das Sächsische LAG zurückverwiesen, vgl. BAG v. 9.5.2007 – 4 AZR 319/06, AP BGB § 305c Nr. 8.

2 BAG v. 8.8.2007 – 7 AZR 605/06, AP TzBfG § 21 Nr. 4.

3 BAG v. 9.5.2007 – 4 AZR 319/06, AP BGB § 305c Nr. 8.

4 *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 13; vgl. auch ArbG Berlin v. 1.9.1980 – 16 Ca 99/80, NJW 1981, 479 (480).

5 *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 32.

Begünstigt eine gem. § 305c Abs. 1 BGB an sich nicht einzubeziehende Klausel ausnahmsweise den Vertragspartner des Verwenders, kann sich der Verwender nicht auf die Unwirksamkeit der Regelung berufen, sondern muss sich wie in der unwirksamen Klausel vorgesehen behandeln lassen.¹ 17

5. Darlegungs- und Beweislast

Bei der Darlegungs- und Beweislast ist wie folgt zwischen den beiden Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB zu unterscheiden: Die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Ungewöhnlichkeit der Klausel trägt derjenige, der sich darauf beruft, dass die Klausel nicht in den Vertrag einbezogen worden ist, also in aller Regel der Arbeitnehmer.² Auch für das subjektive Überraschungsmoment ist im Ausgangspunkt derjenige darlegungs- und beweisbelastet, der sich darauf berufen will, dass die Klausel nicht in den Vertrag einbezogen worden ist. Will jedoch der Verwender geltend machen, dass das an sich nach der Gestaltung des Formularvertrages gegebene subjektive Überraschungsmoment nicht erfüllt ist, weil er seinen Vertragspartner auf die Klausel besonders hingewiesen hat oder sein Vertragspartner die Klausel und ihren Inhalt aus anderen Gründen kannte, trägt der Verwender die Darlegungs- und Beweislast für diesen Einwand.³ 18

6. Einzelne Klauseln

Da es für das subjektive Überraschungsmoment auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt – insbesondere darauf, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf die fragliche Klausel und ihre Bedeutung hingewiesen hat –, ist eine generalisierende Kasuistik nur mit Blick darauf möglich, ob bestimmte Klauseln im Grundsatz als objektiv ungewöhnlich anzusehen sind: 19

(1) Altersgrenze

Die Vereinbarung einer automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichung einer Altersgrenze ist in aller Regel nicht ungewöhnlich. So hat das BAG Altersgrenzen, die in allgemeinen Arbeitsbedingungen unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ oder „Inkrafttreten und Beendigung“ geregelt waren, nicht als ungewöhnlich eingestuft.⁴ Auch eine Alters- 20

1 *Grüneberg* in Palandt, § 306 Rz. 5.

2 *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 5; *Ulmer/Schäfer* in UBH, § 305c Rz. 25.

3 BGH v. 10.11.1989 – V ZR 201/88, NJW 1990, 576 (577); *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 17; *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 5; *Lindacher/Hau* in WLP, § 305c Rz. 39.

4 BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, NZA 2006, 37 (38 f.); BAG v. 9.12.2015 – 7 AZR 68/14, NZA 2016, 695 (696); BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507 (510); zustimmend *Schiefer/Köster*, DB 2018, 2874.

grenze in einer Versorgungszusage, die zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters führt, ist nicht ungewöhnlich.¹ Vereinbarungen, die eine automatische Beendigung zu einem früheren Zeitpunkt vorsehen, sind jedenfalls in bestimmten Branchen nicht unüblich und zudem gesetzlich in § 41 Satz 2 SGB VI geregelt (mit der Konsequenz, dass sie als auf Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen gelten, wenn sie nicht innerhalb der letzten drei Jahre vor dem geregelten Beendigungszeitpunkt bestätigt werden), so dass sie in der Regel nicht als ungewöhnlich angesehen werden können.²

(2) Altersteilzeitvereinbarungen

- 21 Nach Ansicht des BAG kann eine auflösende Bedingung in einem Altersteilzeitvertrag, wonach das Altersteilzeitarbeitsverhältnis vorzeitig nach Ablauf des Kalendermonats endet, in dem der Arbeitnehmer zum Bezug der frühest möglichen gesetzlichen Altersrente berechtigt ist, je nach Verlauf der Vertragsverhandlungen als Überraschungsklausel anzusehen sein, wenn die Regelung im Widerspruch zu der von dem Arbeitnehmer gewünschten Vertragslaufzeit steht und der Arbeitgeber nicht auf die Bedeutung der Regelung hingewiesen hat.³

(3) Änderungsvereinbarungen

- 22 Das BAG sah in den Regelungen einer Änderungsvereinbarung, mit der die für den Arbeitnehmer maßgeblichen Regelungen zur Altersversorgung geändert wurden⁴ bzw. mit denen künftige Vergütungserhöhungen begrenzt wurden,⁵ jeweils keine überraschende Klauseln, da die Regelungen aus den Änderungsvereinbarungen und ihrem jeweiligen Zweck klar erkennbar waren.

(4) Arbeitszeitkontingente

- 23 Die Vereinbarung von Arbeitszeitkontingenten ist – insbesondere in bestimmten Branchen – üblich und damit, vorbehaltlich einer transparenten Vertragsgestaltung, nicht ungewöhnlich.⁶

1 BAG v. 6.8.2003 – 7 AZR 9/03, NZA 2004, 96 (98); zustimmend *Roloff* in HWK, § 305c BGB Rz. 4.

2 Anders *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 23a. Derartige Altersgrenzen sind allerdings unwirksam, wenn sie nicht entweder die Voraussetzungen des § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG erfüllen oder gemäß § 8 AGG oder § 10 Satz 1, 2 AGG gerechtfertigt sind. Vgl. zum Meinungsstand zusammenfassend *Bayreuther*, NJW 2011, 19 ff.; *Schiefer/Köster*, DB 2018, 2874 ff.; *Tempelmann/Stenslik*, DStR 2011, 577 ff.

3 BAG v. 8.8.2007 – 7 AZR 605/06, AP TzBfG § 21 Nr. 4.

4 BAG v. 5.11.2016 – 3 AZR 582/15, NZA 2017, 1058 (1065); zustimmend *Bauerdick/Hettche*, NZA-RR 2018, 337 (343).

5 BAG v. 24.5.2018 – 6 AZR 308/17, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 91.

6 So auch *Stamm*, RdA 2006, 288 (295).

(5) Ärztliches Attest

Die Regelung in einem Formulararbeitsvertrag, dass ein Arbeitnehmer bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet ist, eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizubringen, stellt keine Überraschungsklausel dar.¹ 24

(6) Ausschlussfristen

Sowohl einstufige Ausschlussfristen als auch zweistufige Ausschlussfristen sind im Arbeitsleben üblich und weit verbreitet. Bei der Vereinbarung von Ausschlussfristen handelt es sich daher nicht um überraschende Klauseln, jedenfalls soweit sie im Arbeitsvertrag selbst in einer eigenen Ziffer enthalten sind.² Demgegenüber kann es sich bei einer Ausschlussfrist um eine überraschende Klausel handeln, wenn sie in einem umfangreichen Formulararbeitsvertrag unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, mitten in den Schlussbestimmungen oder sogar nur in einer Anlage enthalten ist.³ Nach Ansicht des LAG Niedersachsen soll allerdings eine Ausschlussfrist, die in einem Arbeitsvertrag in einem eigenen Untergliederungspunkt unter der Überschrift „Vergütung/Zahlungsweise“ enthalten ist, keine überraschende Klausel darstellen, da zu erwarten sei, dass ein Arbeitnehmer alles, was im Arbeitsvertrag unter der Überschrift „Vergütung“ stehe, zumindest überfliege, bevor er den Arbeitsvertrag unterschreibe.⁴ 25

Eine Verweisung auf tarifvertragliche Ausschlussfristen ist ebenfalls grundsätzlich nicht als überraschende Klausel anzusehen.⁵ Auch eine solche Verweisung kann aber als Überraschungsklauseln anzusehen sein, wenn sie in dem Arbeitsvertrag oder einer Anlage ohne besondere Hervorhebung oder besonderen Hinweis „versteckt“ ist. 26

1 BAG v. 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, NZA 1998, 369 (372); ebenso *Däubler* in DBD, § 305c Rz. 23.

2 BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1113); BAG v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 (151); BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, NZA 2014, 1076 (1080); BAG v. 27.1.2016 – 5 AZR 277/14, NZA 2016, 679 (680); BAG v. 28.9.2017 – 8 AZR 67/15, NZA 2018, 589 (595); BAG v. 17.10.2017 – 9 AZR 80/17, NZA 2018, 57 (58); zustimmend *Gotthardt*, ZIP 2002, 277 (280) sowie *Zundel*, NJW 2006, 1237 (1238).

3 Vgl. LAG Köln v. 22.6.2012 – 10 Sa 88/12 zur Regelung unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, BAG v. 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 (326) zur Regelung einer Ausschlussfrist in den Schlussbestimmungen sowie BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, NZA 1996, 702 (703) zur Regelung in einer Betriebsordnung, auf die im Arbeitsvertrag verwiesen wurde.

4 LAG Niedersachsen v. 18.3.2005 – 10 Sa 1990/04, NZA-RR 2005, 401 (403).

5 BAG v. 11.1.1995 – 10 AZR 5/94, ZTR 1995, 277 f. sowie BAG v. 13.12.2000 – 10 AZR 168/00, NZA 2001, 723 (724).

Anhang Besondere Regelwerke

Besondere Vergütungssysteme

I. Einführung	1	VI. Managementbeteiligungs-	
II. Bonuszahlungen	3	programme/Carried Interest	41
1. Zwecke	4	VII. Besonderheiten bei Banken	
2. Modelle	6	und Versicherungen	43
a) Bonus auf Basis von Zielen	7	1. Banken	44
b) Ermessensbonus	8	a) Vorgaben für Bonusziele	45
3. Freiwilligkeitsvorbehalt	10	b) Begrenzung der Höhe der	
4. Widerrufsvorbehalt	11	variablen Vergütung	49
5. Kürzung bei Fehl- und Ruhens-		c) Auszahlungsvoraussetzungen	51
zeiten	12	d) Garantierte variable Vergü-	
6. Stichtagsklauseln	15	tung/Sign-On Bonus	52
7. Rückzahlungsklauseln	18	e) Halteprämien/Retention	
8. Besondere Bonusformen	20	Bonus	53
a) Halteprämien/Retention		f) Verbot der Einschränkung	
Bonus	21	oder Aufhebung der Risiko-	
b) Transaktionsbonus	22	adjustierung	54
III. Tantiemen	23	g) Aufschieb und Verfall von	
1. Maßgebliche Berechnungs-		variabler Vergütung	55
parameter	23	h) Rückzahlungspflicht von	
2. Freiwilligkeits- und Widerrufsvor-		variabler Vergütung/	
behalt	26	Claw-Back	59
3. Kürzung bei Fehl- und Ruhens-		2. Versicherungen	60
zeiten	27	a) Vorgaben für Bonusziele	61
4. Stichtagsklauseln	28	b) Begrenzung der Höhe der	
5. Rückzahlungsklauseln	29	variablen Vergütung	63
IV. Provisionen	31	c) Auszahlungsvoraussetzungen	64
V. Aktienbasierte Vergütung	34	d) Garantierte variable Vergü-	
1. Mitarbeiteraktien	35	tung/Sign-On Bonus	65
2. Aktienoptionen	36	e) Verbot der Einschränkung	
3. Restricted Stock/Restricted		oder Aufhebung der Risiko-	
Stock Units	38	adjustierung	66
4. Phantom Shares/Stock Apprecia-		f) Aufschieb und Verfall von	
tion Rights	39	variabler Vergütung	67
		g) Rückzahlungspflicht von vari-	
		abler Vergütung/Claw-Back	69

I. Einführung

In diesem Abschnitt werden die AGB-rechtlichen Aspekte beleuchtet, die bei besonderen Vergütungssystemen zu berücksichtigen sind, also bei den **Systemen für besondere variable Vergütungsbestandteile**, die die Arbeitnehmer **zusätz-**

lich zum Festgehalt sowie etwaigen regelmäßigen Sonderzahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld erhalten können. Dabei geht es um Bonuszahlungen (Rz. 3 ff.), Tantiemen (Rz. 23 ff.), Provisionen (Rz. 31 ff.), aktienbasierte Vergütungsleistungen (Rz. 34 ff.) sowie Managementbeteiligungs- und Carried Interest Programme (Rz. 41 f.). Im Nachgang zur Finanzkrise der Jahre 2008/2009 hat der Gesetzgeber für die Gewährung von derartigen variablen Vergütungsbestandteilen durch **Banken und Versicherungen** zudem **besondere aufsichtsrechtliche Vergütungsanforderungen** aufgestellt, auf die am Ende dieses Abschnitts (Rz. 43 ff.) eingegangen wird.

- 2 Für die verschiedenen Formen von variablen Vergütungsbestandteilen hat sich in den letzten Jahren in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte eine umfangreiche, zum Teil nicht immer konsistent erscheinende Kasuistik entwickelt, bei der unter anderem nach dem Zweck des jeweiligen Vergütungsbestandteils, dem prozentualen Anteil an der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers und der rechtlichen Ausgestaltung unterschieden wird. Dabei haben sich die Anforderungen der Rechtsprechung innerhalb kurzer Zeit zum Teil nicht unwesentlich geändert, wobei die Position der Arbeitnehmer vielfach gestärkt wurde, insbesondere indem den Arbeitnehmern ein Anspruch auf die variable Vergütung eingeräumt wurde, auch wenn die vertragliche Regelung einen Freiwilligkeitsvorbehalt enthält oder die Leistung in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt wird. Die folgende Darstellung bemüht sich um eine klare, typologische Einteilung der verschiedenen variablen Vergütungsbestandteile mit einer typbezogenen Lösung der sich im AGB-Kontext stellenden Probleme:

II. Bonuszahlungen

- 3 Bonuszahlungen sind Sonderzahlungen, bei denen es für das Ob und die konkrete Höhe der Zahlung typischerweise jedenfalls auch auf die **individuelle Leistung** des jeweiligen Arbeitnehmers – oder, seltener, auf die Leistung des Teams, dem der Arbeitnehmer angehört, oder auf die Leistung des Betriebes oder Unternehmens – ankommt. Ihre Auszahlung erfolgt in der Regel jährlich, ist aber auch in kürzeren oder längeren Zeitabschnitten denkbar. Während nicht leistungsabhängige Jahressonderzahlungen üblicherweise einen Betrag von ein bis zwei Bruttomonatsgehältern nicht überschreiten, fallen Bonuszahlungen häufig (deutlich) höher aus.

1. Zwecke

- 4 Mit Bonuszahlungen können verschiedene Zwecke verfolgt werden:¹ Zum einen kann ein Bonus ausschließlich als Gegenleistung für die individuelle Leistung

1 Krause in MHdB ArbR, § 66 Rz. 3; Roggel/Neumann, BB 2014, 1909.

des Arbeitnehmers dienen („reiner Entgeltcharakter“). Zum anderen kann eine Bonuszahlung „Mischcharakter“ haben, d.h. sowohl eine Gegenleistung für die individuelle Leistung des Arbeitnehmers darstellen als auch zusätzlich der Honorierung der Betriebstreue des Arbeitnehmers dienen.¹ Sobald der Bonus Bezug zur individuellen Leistung des Arbeitnehmers hat, was jedenfalls in aller Regel der Fall sein wird, ist es demgegenüber ausgeschlossen, dass eine Bonuszahlung keinen Entgeltcharakter hat, sondern ausschließlich der Honorierung der Betriebstreue dient („Gratifikation“). Welchen Zweck der Arbeitgeber mit einer Bonuszahlung verfolgt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Wenn der Arbeitgeber andere Zwecke als die Vergütung der Arbeitsleistung verfolgen will, muss sich der andere Zweck deutlich aus der zu Grunde liegenden Vereinbarung ergeben.² Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung honorieren will.³

Auch in AGB ist es zulässig, eine Bonuszusage so auszugestalten, dass ein Anspruch auf Bonuszahlung neben der Erreichung der persönlichen Ziele voraussetzt, dass das Unternehmen in dem maßgeblichen Geschäftsjahr Gewinn macht.⁴

2. Modelle

Ob und in welcher Höhe ein Bonus gezahlt wird, richtet sich entweder nach der Erreichung von Zielen oder wird vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen festgelegt:

a) Bonus auf Basis von Zielen

Bei der Festlegung der für die Ermittlung der Bonuszahlung relevanten Ziele ist zwischen Systemen zu unterscheiden, bei denen die Ziele turnusgemäß einseitig vom Arbeitgeber festgelegt (Zielvorgabe) oder zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden (Zielvereinbarung).⁵ Während einseitige **Zielvorgaben** nur im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB auf die Einhaltung billigen Ermessens hin überprüft werden können, handelt es sich bei **Zielvereinbarungen**, so-

1 Das BAG behandelt Zahlungen mit Mischcharakter inzwischen allerdings weitestgehend genauso wie Zahlungen mit reinem Entgeltcharakter, vgl. BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532 (1533f.); BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466 (1468f.).

2 BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993).

3 BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561 ff.; *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 3/2017, S. 101 (102).

4 LAG Hessen v. 1.2.2010 – 7 Sa 923/09, NZA-RR 2010, 401 (402) mit zust. Anm. *Becker*; ohne überzeugende Begründung ablehnend *Wensing/Boensch*, BB 2014, 2358 (2360).

5 Vgl. *Preis/Lindemann* in *Preis*, *Der Arbeitsvertrag*, Teil II Z 5, Rz. 2; *Linck* in *Schaub*, § 77 Rz. 2f.

weit sie nicht individuell ausgehandelt sind, um AGB. Als Entgeltregelung unterliegt eine Zielvereinbarung zwar keiner allgemeinen Billigkeits- oder Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB, ist aber gem. § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 BGB am Maßstab des Transparenzgebots zu messen, muss also klar und verständlich sein.¹ Insbesondere muss in einer Zielvereinbarung klar geregelt sein, welches die für den Arbeitnehmer maßgeblichen Ziele sind, wie diese gewichtet sind und in welcher Höhe dem Arbeitnehmer bei welcher Zielerreichung ein Bonus zusteht. Etwaige Zweifel gehen gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers als Verwender.² Neben der Vereinbarung sog. „harter“, also objektiv messbarer Ziele (z.B. Verkaufszahlen, Gewinnbeitrag, etc.), ist auch eine Vereinbarung sog. „weicher“, also der subjektiven Beurteilung durch den Arbeitgeber unterliegender Ziele (z.B. Führungsverhalten, Teamgeist, etc.), zulässig, ohne dass hierin ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegen würde.³ Auch die Vereinbarung von Team- oder Gruppenzielen ist möglich, soweit dies klar und verständlich geschieht.⁴ Nach Ablauf der Bonusperiode hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Information darüber, ob und in welchem Umfang die maßgeblichen Ziele erreicht worden sind.

b) Ermessensbonus

- 8 Bei einem Ermessensbonus verspricht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Zahlung eines Bonus oder stellt die Zahlung eines Bonus in Aussicht, dessen **Höhe** der Arbeitgeber **nach billigem Ermessen** gem. § 315 BGB festlegt. Eine solche Regelung ist grundsätzlich zulässig und wirksam.⁵ Eines ausdrücklichen Hinweises auf § 315 BGB bedarf es dabei nicht, sondern es genügt, wenn sich aus der Regelung ergibt, dass die Entscheidung über den Bonus durch den Arbeitgeber erfolgt.⁶ Vorteil eines Ermessensbonus ist die relativ weitgehende Fle-

1 BAG v. 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409 (411); Löw, DB 2017, 1904; Linck in Schaub, § 77 Rz. 2.

2 LAG Hessen v. 29.1.2002 – 7 Sa 836/01; Salamon, NZA 2010, 314 (315 f.).

3 Bittmann/Mujan, AUA 2010, 366 f.; a.A. Däubler in DBD, Anhang Rz. 411. Gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InstitutsVergV ist die Vereinbarung qualitativer Ziele für Risikoträger bedeutender Institute sowie gem. Art. 275 Abs. 2 (d) Solvabilität II-VO die Vereinbarung nicht-finanzieller Ziele für den dort erfassten Personenkreis sogar zwingend erforderlich.

4 LAG Hamm v. 30.8.2011 – 9 Sa 259/11.

5 BAG v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970 (972 f.); vgl. auch BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150 (1154 f.). Zustimmend Bauer/Heimann, NZA-Beilage 2014, 114 (117 f.); Kössel, DB 2016, 2963 (2964); Lingemann/Pfister/Otte, NZA 2015, 65 (67 f.); Salamon/Wessels, BB 2017, 885 (886 f.); Simon/Hidalgo/Koschker, NZA 2012, 1071 (1072); Wensing/Boensch, BB 2014, 2358 (2360).

6 Lingemann/Pfister/Otte, NZA 2015, 65 (66 f.). Aufgrund unangemessener Benachteiligung unwirksam wäre es, wenn der Arbeitgeber sich eine Entscheidung nach freiem Ermessen vorbehalten würde, BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334 (1337); Kössel, DB 2016, 2963 (2964); Salamon/Wessels, BB 2017, 885.

xibilität des Arbeitgebers, was die heranzuziehenden Kriterien und deren Gewichtung sowie die Festlegung der Höhe des Bonus angeht.¹ Ob bei einem Ermessensbonus vorab (generelle) Kriterien für die Bemessung des Bonus benannt werden müssen, ist umstritten. Nach richtiger Ansicht ist dies nicht der Fall,² zumal der Arbeitnehmer über seinen Anspruch auf Auskunft über die für die Bonusentscheidung herangezogenen Kriterien hinreichend geschützt ist. Selbst wenn man aber die Angabe von Kriterien für erforderlich hält, reichen abstrakte Angaben wie z.B. „individuelle Zielerreichung, Teamverhalten und Unternehmenserfolg“.³

Nachteil eines Ermessensbonus ist der damit einhergehende **Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers**, mit dem der Arbeitnehmer Auskunft über die für die Ermessensausübung maßgeblichen Kriterien verlangen kann. Dieser Nachteil wird durch die neue Rechtsprechung des BAG noch verstärkt, wonach die Arbeitsgerichte die Höhe der Bonuszahlung auf der Grundlage des gesamten Prozessstoffs im Wege richterlicher Ersatzleistungsbestimmung gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB festlegen können, wenn der Arbeitgeber nicht hinreichend darlegt, dass seine Bonusfestsetzung billigem Ermessen entspricht.⁴

3. Freiwilligkeitsvorbehalt

Mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt bezweckt der Arbeitgeber, das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf eine künftige Leistung zu verhindern. Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein klar und verständlich formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt in einem Arbeitsvertrag auch in AGB möglich und führt grundsätzlich dazu, dass kein Rechtsanspruch auf die Leistung entsteht.⁵ Diese Rechtsprechung hat – trotz vieler Zweifler in der Literatur⁶ – weiterhin grundsätzlich Bestand. Das BAG hat seine ursprünglich recht großzügige Rechtsprechung jedoch

1 Pfrogner, BB 2018, 757 (758 ff.).

2 So auch Bauer/Heimann, NZA-Beilage 2014, 114 (118); Lingemann/Otte, NJW 2014, 2400 (2402); Lingemann/Pfister/Otte, NZA 2015, 65 (67 f.); Salamon/Wessels, BB 2017, 885 (886 f.); Simon/Hidalgo/Koschker, NZA 2012, 1071 (1072); Wensing/Boensch, BB 2014, 2358 (2360). A.A. Stoffels, RdA 2015, 276 ff. sowie Pfrogner, BB 2018, 757 (759).

3 Vgl. Pfrogner, BB 2018, 757 (759) unter Hinweis auf BAG v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970 ff.

4 BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334 (1338); Salamon/Wessels, BB 2017, 885 (889).

5 BAG v. 21.1.2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310 (311 f.); BAG v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628 (630); BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (83 f.). Niebling, NJW 2013, 3011 ff. geht demgegenüber davon aus, dass Freiwilligkeitsvorbehalte nicht der AGB-Inhaltskontrolle unterliegen.

6 Preis in ErFK, §§ 305–310 BGB Rz. 69 ff.; Preis/Sagan, NZA 2012, 1077 ff.; vgl. auch Lingemann/Otte, NJW 2014, 2400 (2401 f.).

in mehrerlei Hinsicht eingeschränkt: Erstens ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur wirksam, wenn die Regelungen des Vertrages **transparent und widerspruchsfrei** sind. Aus der Formulierung muss sich klar ergeben, dass dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf die Leistung zustehen soll. Der bloße Hinweis, dass es sich um eine „freiwillige Leistung“ handelt, genügt hierfür ebenso wenig¹ wie der Hinweis, die Zahlung erfolge „ohne jede rechtliche Verpflichtung“.² Auch wenn ein Freiwilligkeitsvorbehalt mit dem Hinweis auf das Nichtbestehen eines Anspruchs klar gefasst ist, ist er gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, wenn er in Widerspruch zu anderen Regelungen des Vertrages steht, z.B. wenn dem Arbeitnehmer an anderer Stelle ein Anspruch auf die Leistung oder ein Teilnahmerecht eingeräumt wird³ oder wenn ein Freiwilligkeitsvorbehalt und ein Widerrufsvorbehalt kombiniert werden.⁴ Und zweitens hält das BAG Freiwilligkeitsvorbehalte für eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit für unwirksam, wenn sie sich uneingeschränkt auf alle künftigen Leistungen beziehen.⁵ Trotz der Einschränkungen des BAG ist davon auszugehen, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt jedenfalls dann weiterhin möglich ist, wenn er sich lediglich auf eine konkrete Leistung (und nicht auf alle künftigen Leistungen) bezieht und bei der Gewährung der Leistung jeweils wiederholt wird.⁶ Vgl. ausführlich zu Freiwilligkeitsvorbehalten § 307 BGB Rz. 193 ff. sowie § 308 BGB Rz. 56 ff.

4. Widerrufsvorbehalt

- 11 Mit einem Widerrufsvorbehalt will sich der Arbeitgeber die Möglichkeit offen halten, eine Leistung, auf die der Arbeitnehmer zunächst unbefristet einen Anspruch haben soll, zu einem späteren Zeitpunkt einseitig zu widerrufen. Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Widerrufsvorbehalt auch in einem Formulararbeitsvertrag wirksam, wenn Art und Höhe der widerruflichen Leistung eindeutig geregelt sind, der widerrufliche Teil der Gesamtvergütung unter 25 bis 30 % der Gesamtvergütung liegt und in der Vertragsklausel bereits die Gründe

1 BAG v. 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1178); vgl. bereits BAG v. 23.10.2002 – 10 AZR 48/02, NZA 2003, 557 (558f.).

2 BAG v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628 (630f.).

3 BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 (42); BAG v. 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 (1178).

4 BAG v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628 (631); BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (83).

5 BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (83f.); zu Recht ablehnend *Crisolli/Zaumseil*, BB 2012, 1281 f. sowie *Hromadka*, DB 2012, 1037 (1040f.).

6 So auch *Bauer/von Medem*, NZA 2012, 894 (895); vgl. auch *Roloff* in HWK, Anh. §§ 305–310 BGB Rz. 31 ff. Enger *Kössel*, DB 2016, 2963, der Freiwilligkeitsvorbehalte nur noch bei echten Gratifikationen, die keinen Entgeltcharakter haben, für zulässig hält.

angegeben sind, aus denen ein Widerruf möglich sein soll.¹ Wie genau der Widerrufsgrund in der Vertragsklausel angegeben sein muss, ist nicht abschließend geklärt.² Vgl. ausführlich zu Widerrufsvorbehalten § 308 BGB Rz. 29 ff., 79 ff.

5. Kürzung bei Fehl- und Ruhenszeiten

Wenn ein Arbeitnehmer nicht während des gesamten Jahres seine Arbeitsleistung erbringt, sondern vorübergehend krankheitsbedingt ausfällt oder es zu einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses kommt, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber zu einer Kürzung der Bonuszahlung berechtigt ist. Bestehen und Voraussetzungen einer Kürzungsmöglichkeit hängen davon ab, welcher Zweck mit der Bonuszahlung verfolgt wird: 12

Bei Bonuszahlungen mit **Entgeltcharakter** handelt es sich um eine Leistung, die im synallagmatischen Austauschverhältnis mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers steht. Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht und besteht auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, kann die Sonderzahlung für die Fehlzeiten auf Basis der §§ 275, 326 Abs. 1 BGB anteilig gekürzt werden. Eine solche Kürzung ist **ohne ausdrückliche Kürzungsvereinbarung möglich**,³ und zwar auch, wenn es sich bei der Zusage der Sonderzahlung um AGB handelt.⁴ Dasselbe gilt für Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses.⁵ Eine Kürzung für Fehltag, an denen ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem EFZG besteht, ist bei einer Sonderzahlung mit Entgeltcharakter nicht möglich, da dies dem Entgeltcharakter und den Vorschriften des EFZG widerspräche. § 4a EFZG ist insofern nicht einschlägig, da es sich bei einer Sonderzahlung mit Entgeltcharakter nicht um eine Sondervergütung i.S.d. § 4a EFZG handelt.⁶ 13

1 BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 (467 f.); BAG v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (89); Kössel, DB 2016, 2963 (2964 f.); Roloff in HWK, Anh. §§ 305–310 BGB Rz. 57.

2 Nach BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 (468) und BAG v. 20.4.2011 – 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796 ist es zumindest nötig, die Richtung anzugeben, aus der die möglichen Widerrufsgründe stammen müssen (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Demgegenüber lässt z.B. BAG v. 13.4.2010 – 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 (459) für den Widerruf der Dienstwagenutzung einen bloßen Hinweis auf wirtschaftliche Gründe nicht genügen, sondern verlangt, dass der Sachgrund in der Klausel in einer Weise konkretisiert ist, die für den Arbeitnehmer deutlich macht, was ggf. auf ihn zukommt. Vgl. auch *Stoffels*, NZA 2017, 1217 ff.

3 BAG v. 21.3.2001 – 10 AZR 28/00, NZA 2001, 785 (786); *Schliemann/Vogelsang* in HWK, § 4a EFZG Rz. 5; *Krause* in MHdB ArbR, § 66, Rz. 9; *Vossen*, NZA 2005, 734 (735 f.); vgl. auch *Reinartz*, NZA 2015, 83.

4 *Preis* in Preis, Der Arbeitsvertrag, Teil II S 40, Rz. 68.

5 BAG v. 19.4.1995 – 10 AZR 49/94, NZA 1995, 1098 (1099 f.); *Thüsing* in HWK, § 611a BGB Rz. 254 f.

6 Vgl. *Reinhard* in ErfK, § 4a EFZG Rz. 8 sowie *Reinartz*, NZA 2015, 83.

- 14 Hat die Bonuszahlung **Mischcharakter** ist eine anteilige Kürzung für Fehlzeiten, für die kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht, ebenso wie für Ruhezeiten zulässig, aber **nur wenn** ausdrücklich eine **Kürzung vereinbart** worden ist.¹

6. Stichtagsklauseln

- 15 Stichtagsklauseln, die das **Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Voraussetzung für die Zahlung des Bonus** machen, unterliegen einer Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB. Dabei legte das BAG ursprünglich eine differenzierte Betrachtung zugrunde: Bei Bonuszusagen, deren ausschließlicher Zweck es ist, die individuelle Leistung des jeweiligen Mitarbeiters zu belohnen, wurden Stichtagsklauseln als unzulässig angesehen.² Demgegenüber sah das BAG Stichtagsklauseln bei Bonuszusagen mit Mischcharakter, die also nicht ausschließlich die individuelle Leistung des Mitarbeiters belohnen sollen, sondern zumindest auch die Bindung des Mitarbeiters an das Unternehmen bezwecken, ursprünglich auch auf Basis des AGB-Rechts als wirksam an, wenn der maßgebliche Stichtag, an dem das Arbeitsverhältnis für eine Bonusberechtigung noch bestehen muss, innerhalb des Zeitraums liegt, der für die Ermittlung des Bonus relevant ist.³ Zwar durfte dabei nicht der ungekündigte Bestand, sondern nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Ende des für die Bonusermittlung maßgeblichen Zeitpunkts verlangt werden. Dies galt unabhängig von der Höhe der Bonuszahlung und ihres Anteils an der Gesamtvergütung des Mitarbeiters, also insbesondere auch, wenn der Bonus mehr als 25 % der Gesamtvergütung des Mitarbeiters ausmachte.⁴ Das BAG war ursprünglich sogar bereit, eine Klausel, die einen ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnis am Ende des maßgeblichen Bezugszeitraums verlangte, unter Anwendung des „Blue-Pencil-Tests“ mittels Streichung des Wortes „ungekündigt“ teilweise gem. § 306 Abs. 1 BGB aufrechtzuerhalten, mit der Folge, dass weiterhin der Bestand des Arbeitsverhältnisses an dem Ende des Bezugszeitraums erforderlich war.⁵
- 16 Diese differenzierte Sichtweise hat das BAG inzwischen aufgegeben:⁶ Nach neuerer Rechtsprechung sind Stichtagsklauseln sowohl **bei Bonuszahlungen**,

1 Krause in MHD B ArbR, § 66, Rz. 27; Preis in Preis, Der Arbeitsvertrag, Teil II S 40, Rz. 66.

2 BAG v. 28.3.2007 – 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687 (688).

3 BAG v. 6.5.2009 – 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 (784 f.); bestätigt von BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620 (621); LAG Köln v. 8.2.2010 – 5 Sa 1204/09. Ebenso Baeck/Winzer, NZG 2012, 657 (659), die allerdings bereits Zweifel äußerten, ob das BAG an dieser Rechtsprechung festhalten würde.

4 Vgl. BAG v. 6.5.2009 – 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 (784 f.) zu einem Fall, in dem der Bonus des Mitarbeiters deutlich mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmachte. Zustimmung Henssler, FS Bepler (2012), 207 (217 f.) sowie Salamon, NZA 2010, 314 (318).

5 BAG v. 6.5.2009 – 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 (784).

6 Zu Recht kritisch zu der unvermittelten Rechtsprechungsänderung Spielberger, ArbR-Aktuell 2014, 373 ff.

die ausschließlich als Gegenleistung für erbrachte Arbeit anzusehen sind, als auch bei Bonuszahlungen mit Mischcharakter **unwirksam**, da die Bonuszahlung in beiden Fällen Gegenleistung für erbrachte Arbeit sei. Dies gilt nicht nur für Stichtage, die außerhalb des Bemessungszeitraums für die Bonuszahlung liegen,¹ sondern auch bei innerhalb des Bemessungszeitraums liegenden Stichtagen, da in beiden Fällen die Ausübung des Kündigungsrechts für den Arbeitnehmer erschwert und damit die gem. Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers beeinträchtigt werde.² Auch eine Unterscheidung danach, ob der ungekündigte Bestand oder nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag verlangt wird, erfolgt nicht mehr und die in diesem Zusammenhang früher erfolgte Anwendung des „Blue-Pencil-Tests“ wurde explizit aufgehoben.³ Konsequenz der geänderten Rechtsprechung ist, dass Arbeitnehmer trotz einer etwaigen Stichtagsregelung bei unterjährigem Ausscheiden einen pro rata temporis ermittelten zeitanteiligen Anspruch auf Zahlung des Bonus für den Zeitraum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben.⁴

Möglich und **zulässig** sind Stichtagsklausel nach Ansicht des BAG aber weiterhin, wenn die Arbeitsleistung in einem bestimmten Zeitraum vor dem Stichtag besonderen Wert für den Arbeitgeber hat oder wenn die Erreichung eines bestimmten Erfolgs oder Ziels erst zu einem bestimmten Stichtag festgestellt werden kann.⁵ 17

7. Rückzahlungsklauseln

Mit einer Rückzahlungsklausel will der Arbeitgeber erreichen, dass der Arbeitnehmer einen ihm gewährten Bonus zurückzuzahlen hat, wenn er in einem bestimmten Zeitraum nach Erhalt der Sonderzahlung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Ähnlich wie Stichtagsklauseln können Rückzahlungsklauseln Arbeitnehmer vom Ausspruch einer Kündigung abhalten und damit die gem. Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers beeinträchtigen. Vor 18

1 BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NJW 2012, 1532 (1533 f.); BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334 (1337).

2 BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466 (1468 f.); BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993); zustimmend *Ceruti*, DB 2014, 2167 (2170); *Freckmann/Grillo*, BB 2014, 1914 (1915 f.); *Kössel*, DB 2016, 2963 (2965).

3 BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466 (1468); *Freckmann/Grillo*, BB 2014, 1914 (1915); *Roggel/Neumann*, BB 2014, 1909 (1911).

4 BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466 (1469); BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 (993); *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 3/2017, S. 101 (102).

5 BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466 (1469); *Heins/Leder*, NZA 2014, 520 (521 f.); *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 3/2017, S. 101 (102); *Roggel/Neumann*, BB 2014, 1909 (1912 f.); *Spielberger*, ArbRAktuell 2014, 373 (375); zweifelnd bezüglich dieser Ausnahmen *Ceruti*, DB 2014, 2167 (2170 f.).

dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BAG, wonach Stichtagsklauseln nicht nur bei Bonuszahlungen mit reinem Entgeltcharakter, sondern auch bei Bonuszahlungen mit Mischcharakter als unwirksam angesehen werden, ist davon auszugehen, dass auch Rückzahlungsklauseln sowohl bei Bonuszahlungen mit reinem Entgeltcharakter,¹ als auch bei Bonuszahlungen mit Mischcharakter unabhängig von der Höhe der Zahlung und dem Rückzahlungszeitraum unwirksam sind.²

- 19 Von Rückzahlungsklauseln für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden sind Klauseln, die eine Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers für den Fall vorsehen, dass sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums herausstellen sollte, dass die Voraussetzungen für die Zahlung tatsächlich gar nicht vorlagen (sog. „**Claw-Back Klauseln**“). Das gilt insbesondere für den Fall, dass sich im Nachhinein zeigt, dass die Leistung des Arbeitnehmers schlechter war als sie ursprünglich beurteilt worden war (z.B. weil vom Arbeitnehmer verantwortete Geschäfte mit Kunden später rückabgewickelt werden müssen oder weil ein Kunde aufgrund eines erst nachträglich erkannten Fehlverhaltens des Arbeitnehmers einen Gewährleistungs- oder Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber hat). Solche Claw-Back Klauseln sind auch in AGB zulässig, wenn sie die Voraussetzungen und den Umfang der Rückzahlungspflicht klar und verständlich regeln³ und die Rückzahlungspflicht nicht über den vom Arbeitnehmer zu verantwortenden Schaden des Arbeitgebers hinausgeht. Im Bankenbereich ist eine solche Rückzahlungsverpflichtung für Risikoträger bedeutender Institute gem. § 20 Abs. 6 InstitutsVergV sogar zwingend erforderlich, vgl. Rz. 59.

8. Besondere Bonusformen

- 20 Neben den regelmäßigen Bonuszahlungen, die typischerweise jährlich erfolgen, gibt es auch einmalige Bonuszahlungen, die im Zusammenhang mit bestimmten Sondersituationen zugesagt werden:

a) Halteprämien/Retention Bonus

- 21 Von Bedeutung ist insbesondere die Zusage sog. Halteprämien oder Retention Boni, bei denen wichtigen Mitarbeitern eine Sonderzahlung zugesagt wird,

1 So bereits BAG v. 13.9.1974 – 5 AZR 48/74, NJW 1975, 278 f.; *Thüsing* in HWK, § 611a BGB Rz. 264; *Reiserer/Fallenstein*, DStR 2011, 1572 (1573).

2 So auch *Preis* in ErfK, § 611a BGB Rz. 548a.

3 So auch *Thum*, NZA 2017, 1577 (1580 f.) sowie *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613 (2615 f.), wobei letztere allerdings zu Unrecht von einer Beschränkung der Rückzahlungsverpflichtung auf 25 % der Gesamtvergütung, die in dem maßgeblichen Auszahlungszeitraum von dem Arbeitnehmer bezogen worden ist, ausgehen. Vgl. auch *Raitzsch*, ZIP 2019, 104 ff. zu Claw-Back Klauseln in Vorstandsdienstverträgen.

wenn sie an einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt noch bei dem Arbeitgeber beschäftigt sind. Für Retention Boni gelten die allgemeinen Regelungen für Stichtags- und Rückzahlungsklauseln nicht.¹ Retentionzahlungen werden zusätzlich zur üblichen Vergütung des Arbeitnehmers zugesagt. Ihr Sinn und Zweck ist es gerade, den Mitarbeiter für einen bestimmten, teilweise mehrjährigen Zeitraum an das Unternehmen zu binden. Dem Arbeitnehmer würde im Fall der vorzeitigen Eigenkündigung kein Anspruch genommen, von dem er nicht von Anfang an wusste, dass der Anspruch vor allem von dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig ist. In der langfristigen Bindung des Arbeitnehmers liegt daher keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB, jedenfalls wenn in der Zusage geregelt ist, dass dem Arbeitnehmer auch dann ein Anspruch auf einen (zeitanteiligen) Retention Bonus zusteht, wenn er auf Veranlassung des Arbeitgebers aus Gründen, die nicht in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, vor Ablauf der Retentionperiode aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liegt auch dann nicht vor, wenn für das Ob und die Höhe des Retention Bonus neben dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Stichtag auch auf die individuelle Leistung des Arbeitnehmers abgestellt wird, jedenfalls wenn bei der Zusage erkennbar der Zweck der Bindung des Arbeitnehmers im Vordergrund steht.

b) Transaktionsbonus

Eine weitere Sonderform ist der sog. Transaktionsbonus, bei dem einem Arbeitnehmer für den Fall der erfolgreichen Durchführung eines Unternehmenskaufs oder Unternehmensverkaufs eine einmalige Sonderzahlung zugesagt wird. Bei derartigen Transaktionsboni ist es zur Wahrung des Transparenzgebots erforderlich, konkret festzulegen, unter welchen Voraussetzungen der Transaktionsbonus in welcher Höhe ausbezahlt wird. So kann z.B. danach unterschieden werden, ob das Unternehmen im Wege eines Anteilsverkaufs (Share Deal) oder durch Verkauf aller wesentlichen Vermögensgegenstände (Asset Deal) veräußert wird.² 23

III. Tantiemen

1. Maßgebliche Berechnungsparameter

Bei einer Tantieme handelt es sich um eine **Gewinnbeteiligung**, also eine Zahlung, die an einen bestimmten Gewinn des Unternehmens anknüpft, z.B. in 23

¹ Preis/Deutzmann, NZA-Beilage 3/2017, S. 101 (102f.).

² Vgl. LAG Baden-Württemberg v. 27.1.2016 – 14 Sa 31/15 zur Wirksamkeit einer Klausel, die eine Beteiligung in Form von virtuellen Geschäftsanteilen nur für den Fall eines Share Deals, nicht aber für den Fall eines Asset Deals vorsah.